

ادعانه دآوری

خواهان :

شرکت کاسپین سامان (سهامی خاص) به شماره ثبتی ۵۲۳۶۵ با مدیریت عاملی آقای احمد فرهنگ مهر

به نشانی: تهران، خیابان کارگر، جنب مسجد امیر، پلاک ۲۵۶۲، واحد ۱۵ تلفکس: ۸۸۵۶۹۹۸۸

خواندگان:

۱- شرکت ره آورد شمال (سهامی خاص) به شماره ثبتی ۱۷۶۵۲۱ با مدیریت عاملی آقای غلامعلی فرجادی

به نشانی: تهران، ولنجک، انتهای خیابان سیزدهم، کوچه اول، نبش کوچه درنا، پلاک ۱۵۸، واحد ۴ تلفکس:

۲۲۴۸۵۵۶۳

۲- شرکت ناظر سنج دقیق

۳- بانک شاهین شعبه طالقانی

خواسته ها:

۱- بدوا صدور قرار دستور موقت مبنی بر جلوگیری از ضبط ضمانت نامه های بانکی شرکت خواهان

۲- الزام به پرداخت صورت وضعیت های تایید شده

۳- الزام به تایی و پرداخت صورت وضعیت های تایید نشده موضوع ماده ۳۷ قواعد عمومی پیمان

۴- مطالبه ی خسارت تاخیر تادیه و کلیه ی هزینه ها از جمله هزینه طرح دعوی در مرجع دآوری ، حق

الوکاله ی وکلا و غیره

۵- اعلام تعلیق قرارداد به واسطه مواجهه با تحریم به عنوان قوه قاهره و اعلام بی اعتباری فسخ یکجانبه

قرارداد توسط کارفرما (شرکت ره آورد شمال)

۶- الزام به پرداخت هزینه های داوری و حق الوکاله وکلاء

دلایل:

۱- قرارداد منعقدہ ۲- صورت وضعیتهای صادره ۳- مدارک مثبت سمت ۴- مکاتبات انجام شده

ریاست محترم مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران

۱- احتراماً به استحضار می‌رساند شرکت موکل (شرکت کاسپین سامان) به موجب قرارداد پیوست "طراحی، تهیه و نصب تجهیزات برق رسانی "پروژه" اجرای طرح برق رسانی شهرستان هشتگرد" مربوط به شرکت توانیر را در مقابل شرکت ره آورد شمال (سهامی خاص) عهده دار گردید. بر اساس قرارداد موجود انجام پروژه به دو فاز اصلی تقسیم شده است. فاز اول قرارداد که شامل انجام مهندسی و طراحی پروژه بوده مقرر بوده تا پایان شهریور ۱۳۹۲ به پایان برسد که این کار به طور کامل در موعد مقرر قراردادی به اتمام رسیده و صورت وضعیت های آن را به شرکت "ناظر سنج دقیق" مشاور پروژه ارائه شده و همگی ۱۲ فقره صورت وضعیت ها به تایید مشاور رسیده و ۱۰ فقره ی آن توسط کارفرما (شرکت ره آورد شمال) پرداخت گردید.

۲- متعاقباً در راستای انجام منظم و به موقع تعهدات موضوع پیمان، شرکت موکل جهت انجام فاز دوم پروژه یعنی "تهیه، خرید، اجرا و نصب تجهیزات برق رسانی" اقدامات مقتضی را معمول نموده و کلیه تجهیزات تولید داخل موضوع پیمان را خریداری و نصب نمود و صورت وضعیت های آن را تحویل شرکت مشاور نمود و جهت خرید ارقام خارجی قرارداد مطابق نص صریح قرارداد" با گشایش اعتبار اسنادی" اقدام نمود. متأسفانه در این زمان بانک های ایرانی یک به یک در لیست تحریم قرار گرفتند و علی‌رغم مکاتبه و مراجعات پی در پی موکل به بانک ها، گشایش اعتبار اسنادی مصرح در قرارداد جهت خرید ارقام خارجی میسر نگردید.

۳- به دنبال مکاتبات موکل در این خصوص با خواننده ردیف یک، شرکت ره آورد شمال دستور عدم تایید صورت وضعیت های شرکت موکل را به شرکت مشاور داد. این در حالی بود که تعهدات موضوع این صورت وضعیت ها به طور کامل توسط شرکت موکل انجام شده بود شرکتهای کارفرما و مشاور هیچ نوع مکاتبه ای در خصوص دلیل عدم تایید صورت وضعیت ها یا نیاز به اصلاح آن ها با شرکت موکل انجام ندادند. علی‌رغم مکاتبات متعدد شرکت موکل مبنی بر مواجهه با یک مشکل غیر قابل پیش بینی و خارج از کنترل (تحریم)، شرکت کارفرما (ره آورد شمال)

اقدام به فسخ قرارداد نمود و کتبا اعلام نمود که نسبت به ضبط ضمانت نامه های شرکت موکل نیز اقدام خواهد نمود.

۴- نظر به مراتب فوق از آن مرجع عالی قدر داوری خواهشمند است به استناد ماده ۵۳ قرارداد فی مابین شرکت موکل و شرکت ره آورد شمال که مقرر می دارد: " طرفین توافق می نمایند که در صورت بروز اختلاف، ابتدائاً تمام تلاش خود را برای حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف از طریق مذاکره میان مدیران ارشد طرفین به کار می بندند. در صورت عدم حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف، طرفین توافق می نمایند اختلاف خود را بر اساس قواعد مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران حل و فصل نمایند. محل داوری تهران و زبان داوری فارسی خواهد بود. قانون حاکم بر اختلافات طرفین قانون جمهوری اسلامی ایران خواهد بود. ضمن پذیرش داوری این موضوع و تعیین و نصب داور نسبت به حل و فصل اختلاف پیش آمده با خواسته های فوق الذکر رسیدگی به عمل آوردید. در این راستا به شرح ذیل به بیان ماهیت قرارداد و وقایع ایجاد کننده اختلاف و منشأ ادعا و مدافعات خود پرداخته و در صورت لزوم مبسوط آن در جلسات آتی و تبادل لوایح در صورت اقتضا ارائه خواهد شد:

در خصوص صلاحیت مرجع داوری :

۵- همانطور که در شرط داوری ملاحظه می شود بدواً مقرر شده که اختلاف از طریق مذاکره مدیران بایستی حل و فصل شود. در این راستا مدیرعامل شرکت موکل در خصوص قرارداد و مشکلات پیش آمده مکاتبات مکرری با شرکت خواننده به عمل آورده است و ضمن بیان دیدگاههای خود تقاضای ملاقات حضوری نیز نموده اند، لکن آخرین مکاتبه ی شرکت کارفرما (ره آورد شمال) مبنی بر اعلام فسخ یکجانبه قرارداد حاکی از عدم امکان حل اختلاف مذکور از طریق مسالمت آمیز است. لذا شرکت موکل تلاش کافی برای انجام این امر را انجام داده و با مکاتبه آخر شرکت خواننده محرز است که در شرایط فعلی محملی برای مذاکره دوستانه باقی نمانده و اثری برای آن متصور نیست در نتیجه موجبات شروع مرحله ی ارجاع به داوری فراهم می باشد.

۶- با توجه به قسمت اخیر متن ماده ۵۳ قرارداد به صراحت به محل داوری و زبان داوری اشاره شده است که نشاندهنده توافق طرفین به انجام داوری است و بعلاوه ارجاع به قواعد مرکز داوری اتاق بازرگانی هم مبین این است که مطابق مقررات آن مرکز و بر اساس تشریفات شکلی مقرر شده مرجع مذکور داور تعیین و شروع به رسیدگی خواهد نمود و قواعد ماهوی حاکم نیز مقررات جمهوری اسلامی ایران خواهد بود. لذا چون ارجاع به مقررات شکلی آن مرجع محترم متضمن تعیین داوری و انجام پروسه داوری توسط آن مرکز خواهد بود و توافقنامه داوری جداگانه بین طرفین اختلاف وجود ندارد وفق ترتیب مقرر شده در ماده ۱۰ قواعد و آیین داوری مرکز داوری اتاق ایران مستدعی است آن مرکز محترم با توجه به موضوع دعوی یک نفر را به عنوان داور انتخاب نموده و به طرفین اعلام فرمایند. بعلاوه تشخیص صلاحیت مرجع داوری مطابق عمومات قواعد داوری و ماده ۲۹ آیین نامه اتاق با خود مرجع داوری است. این ماده مقرر میدارد: داور می‌تواند در مورد حدود صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری، نفیاً و یا اثباتاً اتخاذ تصمیم نماید. ارجاع اختلافات و دعاوی به مرکز داوری، به منزله پذیرش این اختیار داور خواهد بود.

۷- لازم به توضیح است که درج عنوان قواعد اتاق داوری تهران در قرارداد فی مابین طرفین بر خلاف ادعای شرکت خواننده که در مکاتبات خود عنوان نموده، خود نوعی تایید ضمنی پذیرش داوری توسط اتاق خواهد بود. در صورتی که این مفهوم را از منطوق درج قواعد اتاق داوری تهران برداشت نکنیم شرط مندرج در قرارداد، شرطی لغو خواهد بود چرا که قواعد داوری اتاق از جنس قواعد موضوعه و ماهوی نبوده که طرفین بخواهند این شرایط را بر داوری حاکم نمایند. به اضافه که ایشان در ادامه به لحاظ ماهوی قرارداد را تابع قانون جمهوری اسلامی ایران قرارداده و درج عنوان قواعد اتاق داوری تهران صرفاً به شکل داوری و تشریفات اشاره دارد. بر این اساس انجام این تشریفات را بدون پذیرش صلاحیت داوری توسط این مرجع نمی‌توان تصور نمود. لذا برای دست یابی به تفسیر درست از قصد قراردادی طرفین ناگزیر از بکارگیری منطق قابل پذیرش خواهیم بود که اینک باید از این نکته منطقی و اصولی که " امر به واجب امر به مقدمه آن نیز هست " نتیجه گرفت که درج و پذیرش قواعد اتاق داوری تهران جهت تشریفات داوری پذیرش صلاحیت این سازمان داوری جهت رسیدگی و انجام نفس داوری نیز می‌باشد.

۸- همچنین استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی نیز از عموماً قواعد داوری است که در بند ب ماده ۲۹ آیین نامه مرکز داوری اتاق ایران که مقرر می‌دارد: شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد، به عنوان موافقتنامه مستقل تلقی می‌شود و تصمیم «داور» در خصوص بطلان و ملغی الاثر بودن اصل قرارداد، تأثیری در شرط داوری ندارد و فی نفسه به منزله بطلان یا عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود، به صراحت ذکر شده است لذا اعلام فسخ بی اساس و یک طرفه خواننده محترم ردیف یک نمی‌تواند موجب بی اعتباری شرط داوری موضوع ماده ۵۳ قرارداد فی مابین شود. از نظر عملی هم بیشتر درخواست های داوری پس از پایان قرارداد اصلی می‌باشد بنابراین پذیرفته نمی‌باشد که گفته شود شرط داوری نیز هم زمان پایان یافته است زیرا دقیقاً در زمان مطالبات متقابل طرفین است که فصل آنها لازم می‌شود. قرارداد اصلی برای تعیین تعهدات طرفین و مطالباتی است که از عدم اجرای آنها ناشی می‌شود، شرط داوری برای تعیین شیوه حل و فصل مطالبات است. حتی اگر قرارداد اصلی به سبب قوه قاهره بطلان و ... در اهداف خود با شکست مواجه شود شرط داوری به حیات خود ادامه می‌دهد.

۹- ممکن است ادعا شود که ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی که بیان میکند: هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید. از یک سو نظریه استقلال شرط داوری را تأیید نمی‌نماید و از سوی دیگر رسیدگی به اختلاف نسبت به موافقت نامه داوری را در صلاحیت دادگاه قرار می‌دهد و به بیان دیگر قاعده « صلاحیت نسبت به صلاحیت » را نیز نمی‌پذیرد. اساساً دلیل بکارگیری داوری در قرارداد رسیدگی به همین اختلافات بوده و چنانکه صرفاً به ادعای یکی از طرفین در خصوص بطلان شرط داوری را بی اثر دانسته و طرفین را به دادگاه هدایت نماییم صریحاً خلاف قصد طرفین از درج شرط داوری اقدام نموده ایم. استدلال بیان شده و نیز روش تعیین داور هر دو بر این مبنا استوار می‌باشند که طرفین توافق بر حل و فصل اختلاف خود بر طبق قواعد مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران نموده و این توافق موجب ارجحیت این قواعد بر قانون آیین دادرسی مدنی در موارد شکلی خواهد بود.

۱۰- نظر به اینکه طرفین اختلاف مطروحه هر دو از شرکتهای خصوصی می باشند و موضوع مورد اختلاف نیز از جمله اعمال تصدی وزارت نیرو و متعاقباً شرکت توانیر می باشد که به پیمانکار اصلی بخش خصوصی ارجاع داده و آن پیمانکار نیز موضوع را به پیمانکار خصوصی دیگری (شرکت موکل) ارجاع نموده است، لذا پروژه مذکور نه جزو اموال شرکت ره آورد شمال و نه جزو اموال تامین اجتماعی (سهامدار شرکت ره آورد شمال) است نتیجتاً ایراد اصل ۱۳۹ قانون اساسی یا ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب که برگرفته از آن اصل است به آن وارد نخواهد بود.

۱۱- شرکت خواننده (ره آورد شمال) یک شرکت سهامی خاص ثبت شده در ایران است که ۵۱ درصد سهام آن متعلق به سازمان تامین اجتماعی و ۲۹ درصد متعلق به شرکت سرمایه گذاری صندوق بازنشستگی کشوری و ۲۰ درصد متعلق به شخص حقیقی است. وفق ماده واحده قانون فهرست نهادها و موسسات عمومی غیردولتی مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۹ و تبصره ۵ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶، سازمان تامین اجتماعی جزء مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی محسوب می شود.

۱۲- بعلاوه باید بین اعمال تصدی و اعمال حاکمیتی دولتها قایل به تفکیک شد و فقط اموالی مشمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی است که به امور حاکمیتی اختصاص یافته و اساساً اموال و حقوق مورد اختلاف در پرونده حاضر منصرف از عنوان اموال دولتی و عمومی مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی است و در نتیجه شرط داوری قراردادی مورد بحث موضوعاً و حکماً از شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی خارج است و ادعای بطلان شرط داوری به لحاظ عدم رعایت تشریفات مقرر در اصل ۱۳۹ ثابت نیست. این مهم در نظریه شورای نگهبان و رویه ی اتاق داوری نیز در موارد مشابه مورد توجه قرار گرفته است.

۱۳- همچنین صرف استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی مانع از داوری نیست و نظر به اینکه در صورت تردید و شک نسبت به صحت و تاثیر شروط و تعهدات قراردادی، اصل بر صحت و نفوذ آنهاست و مادام که شرط داوری در مرجع صالح ابطال نشده، موافقنامه داوری لازم الاجراست و طبق ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و

انقلاب طرفین ماخوذ به التزام قراردادی خود در رجوع به داوری می باشند. همچنین می بایست با شرکتهای دولتی و عمومی که به فعالیت ها و مبادلات بازرگانی اشتغال دارند همانند اشخاص خصوصی نگریسته شود و اموال یا وجوهی که آنها در این ارتباط به کار می گیرند باید مانند اموال اشخاص خصوصی، خصوصی و مصون از ویژگی های اموال دولتی در نظر گرفته شوند. بعلاوه مانعی برای دولت وجود ندارد که طرف دعوای داوری در غیر مورد دعوای مربوط به اموال دولتی قرار بگیرد. معاون اول رئیس جمهور در بخشنامه ای به شماره ۳۴۸۶۰ مورخ ۸۲/۸/۲۷ به ((کلیه وزارتخانه ها، سازمان ها، مؤسسات دولتی ...)) توصیه می کند ((دستگاه های اجرایی در عقد قراردادهای تجاری)) با رعایت اصل ۱۳۹ در مورد ((اموال عمومی و دولتی)) مرکز داوری اتاق ایران را به عنوان مرجع داوری منظور نمایند. این بخشنامه مؤید آن است که از نظر دولت در غیر اموال عمومی و دولتی ارجاع دعوی دولت به داوری بدون مجوز مراجع مذکور در اصل ۱۳۹ مانعی وجود ندارد.

در خصوص اعتبار قرارداد منعقد

۱۴- اگرچه مطابق روزنامه ی رسمی شرکت خواهان و شرکت خوانده ردیف یک، صاحب امضای مجاز جهت اسناد تعهد آور شرکت مدیر عامل هر دو شرکت می باشند، متأسفانه قرارداد موضوع دعوا توسط رییس هیات مدیره دو شرکت به امضا رسیده است و این امر مورد ایراد شرکت خوانده قرار گرفته است. باید توجه داشت که این امر اگرچه تخلف مدیران آن دو شرکت است ولی این امر باعث بی اعتباری اقدامات آنان نمی شود و صرفاً آن ها باید در برابر مجامع شرکت و هیئت مدیره پاسخگو بوده و جبران خسارت نمایند. لیکن در برابر ثالث با حسن نیت (شرکت طرف قرارداد) قابل استناد نمی باشد و نمی تواند مستندی مبنی بر بی اعتباری قرارداد تلقی شود.

۱۵- به طور کلی مفاد اصل اعتماد به ظاهر در امور تجاری مانع از تمسک به این ایراد توسط خوانده خواهد بود. در امور تجاری اقدامات اشخاص چه حقیقی و چه حقوقی در امور تجاری در حوزه ای که خود را صالح معرفی نموده اند معتبر و برای آن اشخاص الزام آور می باشد. در ما نحن فیه دو طرف معامله اشخاص حقوقی بوده که عرفاً به انعقاد قرارداد هایی از این دست اقدام می نمایند. بر این اساس شرکت خوانده ملزم بوده چنانچه در آغاز

قرارداد امری خارج از عرف تجاری ملاحظه نموده بیان دارد و از سوی دیگر انعقاد قرارداد در محل شرکت و توسط مدیران شرکت کافی است برای شکل گیری ظاهر قابل اعتماد برای طرف قرارداد و همین اعتماد به ظاهر موجب می شود طرف قرارداد از حق اعتراض آتی نسبت به عدم سمت طرف بازماند. همچنین انعقاد قرارداد توسط اشخاص حقوقی هر چند به لحاظ نفس اشخاص حقوقی و روابط داخلی شرکت منحصر است به مفاد اساسنامه اما عدم رعایت این شرایط خللی به اراده شخص حقوقی در برابر اشخاص ثالث ایجاد نمی نماید و صرفاً می تواند به لحاظ عدم رعایت مفاد اساسنامه مسئولیت مدیر یا مدیران متخلف را در برابر مسئولین شرکت یا مجمع عمومی ایجاد نماید بعلاوه اجرای قرارداد توسط هر دو شرکت با توجه به نکته پیش گفته (تخصص عرفی هر دو شرکت در امور تجاری) خود نشان دهنده اعلام ضمنی و عملی رضایت مدیران و دارندگان حقوق هر دو شرکت نسبت به صحت قرارداد است. از طرف دیگر هر دو شرکت در مدت بیش از یک سال پس از امضای قرارداد نسبت به اجرای مفاد آن اقدام نموده و پرداخت هایی به نام و حساب شرکت های مذکور صورت گرفته و وصول شده است لذا اجرای مفاد قرارداد توسط هر دو شرکت و عدم اعتراض هیچ یک از ارکان شرکت نسبت به این موضوع نیز خود موید تایید متعاقب ارکان شرکت های مذکور می باشد و رویه عملی شرکت دلیل بر تایید قرارداد میباشد.

۱۶- ایراد دیگر در این خصوص که عدم رعایت تشریفات و عدم ثبت تغییرات شرکت در هر دو سال یکبار می باشد نیز قابل اعتنا نمی باشد. در این خصوص مواد ۱۳۵ و ۱۳۶ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت مقرر می دارد:

"کلیه اعمال و اقدامات مدیران و مدیر عامل شرکت در مقابل اشخاص ثالث نافذ و معتبر است و نمی توان به عذر عدم اجرای تشریفات مربوط به طرز انتخاب آنها اعمال و اقدامات آنان را غیر معتبر دانست." و "در صورت انقضای مدت مأموریت مدیران تا زمان انتخاب مدیران جدید ، مدیران سابق کماکان مسئول امور شرکت و اداره آن خواهند بود. هر گاه مراجع موظف به دعوت مجمع عمومی عادی صاحبان سهام (هیات مدیره و بازرسی یا بازرسان قانونی)

به وظیفه خود عمل نکنند هر ذینفع می تواند از اداره ثبت شرکتها دعوت مجمع عمومی عادی صاحبان سهام را برای انتخاب اعضای هیات مدیره تقاضا نماید. "

در خصوص خواسته ی (الزام به پرداخت صورت وضعیت های تایید شده)

۱۷-وفق ماده ۳۴ قانون پیمان، در آخر هر ماه شمسی دستگاه نظارت به معیت نماینده پیمانکار صورت وضعیت کلیه کارهایی که از شروع پیمان تا آن تاریخ انجام یافته و همچنین وضعیت مصالح و تدارکات لازم برای اجرای پیمان که در پای کار موجود می باشد تعیین و براساس نرخهای منضم به پیمان تقویم می کند. صورت وضعیتهای موقت ماهیانه که بدین ترتیب تنظیم گردیده و دارای امضای نماینده پیمانکار و دستگاه نظارت می باشد توسط دستگاه مزبور منتهی تا آخر روز دهم ماه بعد به کارفرما تسلیم می شود. کارفرما پس از رسیدگی از جهت تطبیق ارقام با پیمان و تصحیحات احتمالی لازم و کسر مبالغ هشتگانه ذکر شده در ذیل این ماده تتمه قابل پرداخت به پیمانکار را حداکثر ظرف ده روز (تا بیستم ماه بعد) با تنظیم سند و امضای آن بوسیله نماینده مختار پیمانکار با صدور چک به پیمانکار پرداخت بنماید. بدیهی است که کارفرمای محترم نمی تواند عدم انجام تعهدات آتی قرارداد را دستاویزی برای عدم پرداخت مبالغ کارهای انجام شده قرار دهد که این امر مصداق استفاده بلاجهت خواهد بود و خلاف اصل تقابل عوض های متعدد قراردادی در مقابل هم می باشد. بدین معنا که وقتی بخشی از پروژه توسط پیمانکار انجام شده است عوض متقابل این بخش نیز بایستی پرداخت شود چراکه قرارداد پیمان (EPC) از مصادیق یک عقد مستمر است و نسبت به خدمات انجام شده و منتفع شده اجرت قراردادی باید پرداخت شود و عدم انجام خدمات آتی نمی تواند بهانه ای برای عدم پرداخت کارهای انجام شده باشد. به خصوص که این صورت وضعیت ها مطابق ماده ۳۳ قواعد عمومی پیمان توسط مشاور نیز تایید شده اند، لذا هیچ عذر و بهانه در پرداخت آن باقی نمی ماند .

۱۸-اگرچه در قرارداد موضوع دعوا، طرفین در عمل اقدام به تعیین و نصب عضو ناظر ننموده اند لیکن لازم به ذکر است که اولاً عضو ناظر رکن عملیاتی حاضر در کارگاه پروژه می باشد و مطابق قواعد عمومی پیمان که به موجب

ترازی طرفین بر این قرارداد حاکم است همچنان مشاور رکن تایید کننده ی صورت وضعیت هاست و صرفا این صورت وضعیت ها از کانال ناظر باید به وی ارسال شود که این عامل یعنی ارسال صورت وضعیت ها از طریق ناظر بر اساس رویه عمل طرفین قرارداد در پرداخت ۱۰ صورت وضعیت مورد عدول طرفین واقع شده است گویی طرفین با تراضی یکدیگر به صورت عملی از یکی از شروط ضمن عقد و شرایط و بندهای قراردادی انصراف داده و آن شرط به خصوص در خصوص وجود ناظر را ساقط نموده اند. لذا نظر به این رویه ی عملی حاکم بین طرفین قرارداد، به استناد بند د ماده ۳۳ قواعد عمومی پیمان و ماده ۹ و ماده ۳۷ آن، تایید صورت وضعیت های دیگر نیز منوط و مشروط به وجود ناظر نخواهد بود.

۱۹- لازم به ذکر است قواعد عمومی پیمان قاعده آمره برای طرفین دولتی قراردادها می باشد و با توجه به اینکه در قرارداد موضوع دعوا هر دو طرف قرارداد خصوصی می باشند هیچ الزامی به متابعت تام و تمام از قواعد عمومی پیمان ندارند و صرفا به موجب تصریح و تراضی خود طرفین مبنی بر حکومت پیمان بر قرارداد این قواعد بر روابط آنها حاکم است. لذا هر جا قرارداد فی مابین به صورت صریح یا عمل قاطع و مکرر طرفین تراضی خلاف پیمان را فی مابین طرفین حکایت نماید پیمان اجرا نخواهد شد. این تحلیل توسط دکترین نیز در خصوص شروط استاندارد به رسمیت شناخته شده است^۱

در خصوص خواسته (الزام به پرداخت صورت وضعیت های تایید نشده)

۲۰- مطابق ماده ۳۷ قواعد عمومی پیمان که به موجب تراضی طرفین جزء قرارداد گردیده است، مشاور مکلف است ظرف مدت ۱۰ روز از تاریخ تحویل صورت وضعیت ها نسبت به آن ها اعلام نظر نماید. لذا اقدام شرکت ناظر سنج دقیق در امتناع از هر گونه اظهار نظر و تایید یا رد صورت وضعیت های ارسالی خلاف قرارداد و مقررات الزام آور آن است و خواننده ردیف دوم بابت این تخلف خود ملزم به جبران خسارات شرکت خواهان می باشد.

دکتر شیروی^۱

کارفرما مطابق قواعد عمومی پیمان هیچ گونه حقی مبنی بر دستور به مشاور جهت عدم تایید صورت وضعیتها نداشته است لذا نه تبعیت مشاور از نامه ی کارفرما وجاهت قانونی دارد و نه دستور کارفرما در این خصوص.

نظر به ماده ۳۷ و وحدت ملاک از ماده ۴۰ قواعد عمومی پیمان کارفرما (شرکت ره آورد شمال) نیز مکلف است بعد ارسال صورت وضعیت ها و گذشتن مهلت ها و تشریفات مذکور در مادتين فوق الذکر نسبت به پرداخت صورت وضعیت ها اقدام نماید و با توجه به اینکه عدم انجام کامل تشریفات مذکور _ تایید مشاور) مستند به فعل و دستور خود کارفرما است . از طرف دیگر مطابق مواد مذکور در صورتی که کارفرما اختلاف نظری در صورت وضعیت ها داشته باشد نیز مکلف به پرداخت حداقل ۷۰ درصد از صورت وضعیت است و مابقی مبالغ پس از رفع اختلاف پرداخت خواهد شد، لذا کارفرما از تاریخ گذشتن مهلت های مذکور در آن مواد مکلف به پرداخت بوده است.

در خصوص خواسته (مطالبه خسارت تاخیر تادیه)

۲۱- نظر به توضیحات مندرج در بند قبلی دو فقره صورت وضعیت تایید شده شرکت کاسپین مربوط به فاز نخست کار به مبلغ ۲۱۰۰۰۰۰۰۰ ریال پرداخت نشده و هیچ دلیل موجهی نیز برای عدم پرداخت عنوان نشده است و اعتراضی نیز در موعد مقرر به مبلغ آن از سوی شرکت خوانده بعمل نیامده است. مطابق قواعد عمومی و قرارداد منعقد در خصوص دو فقره صورت وضعیت تایید شده شرکت مربوط به فاز نخست که به اتمام رسیده و اعتراضی نیز به آن نشده است می توان محمول به صحت دانست. شرکت مکاتبات متعددی را جهت دریافت مطالبات معوقه خود انجام داده است که منتج به نتیجه نشده است. علیهذا شرکت خود را با توجه به مقررات ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی و رای شماره ۹۰ مورخه ۱۳۵۳/۱۰/۴ هیات عمومی دیوان عالی کشور در مورد خسارت تاخیر تادیه مستحق دریافت خسارت از تاریخ تایید صورت وضعیت لغایت زمان صدور حکم داوری میداند.

۲۲- همچنین در خصوص صورت وضعیت های تایید نشده با ملاحظه قسمت ابتدایی ماده ۳۷ قرارداد پیمان تکلیف کارفرما به پرداخت ظرف مدت معین محرز است و صرفاً شرط تنظیم صورت وضعیت با امضاء نماینده پیمانکار و دستگاه نظارت قید شده است و چون کارفرما با دستور غیر قانونی خویش سبب عدم احراز این شرط

گردیده است نمی تواند به استناد عدم تحقق شرط از اجرای تعهد خود دایر بر پرداخت صورت وضعیت های مربوط به کارهای انجام شده خودداری نماید و لذا با وصف اثبات تخلف مکلف به پرداخت خسارت تاخیر تادیه تا زمان صدور حکم می باشد.

در خصوص خواسته (اعلام تعلیق قرارداد به استناد مواجهه با قوه قاهره - تحریم- و اعلام بی اعتباری فسخ یکجانبه ی صورت گرفته توسط کارفرما)

۲۳- به استناد ماده ۴۳ قواعد عمومی پیمان " حوادث مشابه خارج از کنترل طرفین " موجب تعلیق قرارداد می شود که تحریم نیز کاملاً یک امر خارج از کنترل کنترل و اراده ی طرفین بوده و در این حجم وسیع تحریم بانکی غیر قابل پیش بینی نیز می باشد و همان طور که ماده ۲۲۷ قانون نیز اشاره دارد این قبیل حوادث به دلیل خارجی بودن و غیر قابل کنترل بودن (بی تقصیری طرف) موجب جبران خسارت نخواهد شد فلذا به طریق اولی موجبات فسخ نیز بر اساس آن فراهم نمی آید. حاکمیت شرایط فورس ماژور منحصر به وقوع بلایای طبیعی مانند سیل، زلزله یا طوفان نیست بلکه بروز هرگونه حادثه غیرقابل پیش بینی و غیرقابل اجتنابی که خارج از حیطه اختیار طرفین قرارداد باشد مانند جنگ، اعتصاب و تحریم نیز مشمول مقررات فورس ماژور است.

۲۴- از طرفی به موجب قسمت اخیر ماده ۴۳ و هم چنین به استناد ماده ۴۶ قواعد عمومی پیمان، صرفاً ۶ ماه پس از تعلیق قرارداد امکان " خاتمه " قرارداد فراهم می آید که این خاتمه نیز با فسخ یک جانبه متفاوت است لذا به موجب این نوع از خاتمه قرارداد نیز موجبی برای جبران خسارت یا ضبط ضمانت نامه های بانکی فراهم نمی آید.

۲۵- هم چنین در بند ۵ صراحتاً آمده است که خرید اقلام خارجی " با گشایش اعتبار اسنادی " انجام شود لذا در این خصوص تحریم بانکی و عدم امکان گشایش اعتبار اسنادی مصداق قوه قاهره محسوب می شود و کارفرما نمی تواند ادعا نماید که تعهد خرید اقلام خارجی به صورت نقدی یا به طریق دیگری جز اعتبار اسنادی الزام است که انجام پذیرد. چراکه تصریح قراردادی مبنی بر تراضی بر یک روش خاص پرداخت وجود دارد لذا کارفرما نمی تواند

به پیمانکار تکلیف نماید که از طریق دیگری مغایر نص قرارداد عمل نماید . بعلاوه منصفانه نیست در زمانی که شرکت جهت گشایش اعتبار اسنادی متحمل هزینه شده مجدداً تکلیف مضاعفی بر آنان تحمیل گردد.

۲۶- در این خصوص یک نکته در خصوص ماهیت قواعد عمومی پیمان در قرارداد موضوع این دعوی ضروری است . بدین شرح که:

اگرچه برخی معتقدند که قواعد عمومی پیمان قواعد آمره ای است که بر کلیه ی روابط پیمانکاری حاکم است لیکن از این تحلیل نادرست بایستی عدول نمود چراکه اولاً این قواعد به صورت قانون مصوب مجلس نیتند که جنبه ی امری و الزام آور برای همگان داشته باشند صرفاً به صورت مقررات نمونه توسط سازمان مدیریت برنامه ریزی تدوین شده اند حتی بر اساس قواعد حقوق عمومی نیز به صورت مصوبه هیئت دولت یا بخشنامه ی الزام آور درنیامده اند ثانیاً این قواعد نهایتاً می تواند در قرارداد های پیمانکاری که یک طرف آن دولتی باشد بالاخص کارفرمای دولتی حاکم باشد ولی قطعاً بر طرفین خصوصی در یک قرارداد الزام آور نیستند لذا در فرض دعوی حاضر اگرچه در رابطه ی شرکت توانیر با شرکت ره آورد شمال پیمان می تواند به عنوان قواعد آمره تلقی شود لیکن در رابطه موکل (شرکت کاسپین سامان) و شرکت ره آورده شمال این رکن دولتی بودن طرف مفقود است. ثالثاً تصریح طرفین قرارداد بر حکومت پیمان نیز صرفاً در این چارچوب قابل تفسیر است که هر جا طرفین صراحت اراده ی دیگری نداشته باشند پیمان حاکم خواهد بود لذا مقررات پیمان در با ملاحظه ی توافقات صریح طرفین باید تفسیر کرد. گویانکه طرفین پیمان را به عنوان شروط استاندارد در موارد مسکوت تراضی خود حاکم می دانند و در این قرارداد و فیما بین این طرفین در حکم شروط ضمن عقد است و نیروی الزام آور خود را از اراده و تراضی طرفین می آورد لذا حدود اعمال آن نیز منوط به همین تراضی و اراده مصرح است. لذا این شروط استاندارد ضمیمه شده به قرارداد را در حدی که مغایر موارد مصرح اراده طرفین باشد می توان اعمال نمود. نظر به مراتب فوق بند د ماده ۲۰ قواعد عمومی پیمان در برابر اراده ی صریح طرفین مبنی بر خرید اقلام خارجی با گشایش اعتبار اسنادی مجری نخواهد بود.

۲۷- همچنین به موجب ماده ۳۰ قواعد عمومی پیمان، فسخ قرارداد پیش از پایان مدت قرارداد معتبر نمی باشد لذا فسخ یک جانبه شرکت ره آورد شمال (کارفرمای قرارداد موضوع دعوی) فاقد وجهت حقوقی است و نه تنها موجبی و تخلفی برای آن فراهم نشده است و تحریم به عنوان مصداق قوه قاهره از اسباب تعلیق قرارداد است و نه تخلف و تقصیر طرف قرارداد که موجب حق فسخ شور بلکه به فرض اعتقاد کارفرما بر تخلف پیمانکار به استناد ماده ۳۰ قواعد عمومی پیمان کارفرما بایستی تامل می نمود تا مدت قرارداد پایان یابد و در صورت عدم خرید اقلام خارجی از سوی پیمانکار اقدام به فسخ و وصول خسارت تاخیر می نمود. چه بسا که شاید پس از پایان مدت قرارداد (مورخ ۱۳۹۳/۳/۳۱) برخی تحریم ها ملغاً می گردید و پیمانکار موفق به خرید اقلام خارجی می گردید.

در خصوص خواسته ی (در خواست صدور دستور موقت مبنی بر عدم ضبط ضمانت نامه های موضوع قرارداد)

۲۸- نظر به اینکه خواننده ی ردیف ۱ به غلط معتقد است که قرارداد به واسه ی تخلف خواهان فسخ گردیده فلذا حق ضبط ضمانت ها برای وی ایجاد شده، خواهشمند است تا صدور نظر داوری در خصوص ماهیت دعوی و تعیین تکلیف نهایی وضعیت قرارداد، به بانک گشاینده ضمانت نامه های مذکور (خواننده ردیف ۳) دستور فرمایید تا از هر گونه اقدامی نسب به ضبط این ضمانت نامه ها عدول نماید و نسبت به تمدید آن ها تا پایان مدت داوری و حصول رای از سوی این مرجع از ضبط ضمانت نامه ی موصوف خودداری اکید ورزد.

علیهذا نظر به مراتب مذکور تقاضای انجام اقدامات لازمه و تعیین داور و نهایتاً صدور حکم وفق ستون خواسته مورد استدعاست.

با احترام مجدد

شرکت کاسپین سامان

*تنظیم شده توسط گروه FN۲۷۱